

NULIDAD DE CLÁUSULAS SUELO NO TRANSPARENTES: ¿PUEDE EL CONSUMIDOR RECUPERAR LOS PAGOS EXCESIVOS? (STS, SALA DE LO CIVIL, DE 9 DE MAYO DE 2013)¹

Encarna Cordero Lobato

Catedrática de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El objetivo de esta nota es ofrecer una primera aproximación a los puntos fundamentales de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 2013, sobre las cláusulas suelo, con especial hincapié en el pronunciamiento relativo a la falta de efectos retroactivos de la declaración de nulidad.

Palabras clave: hipoteca, cláusulas suelo, cláusulas abusivas, consumidores, nulidad, retroactividad.

Title: Nullity of non-transparent ground clauses: May the consumer recover the overpayment? (Supreme Court Judgment, Civil Division, of May 9, 2013)

Abstract: This paper offers a first approach to the key points of the Judgment of the Supreme Court, May 9, 2013, on ground clauses, with emphasis on the statement concerning to the lack of retroactive effects of the declaration of nullity.

Keywords: mortgage, ground clauses, unfair clauses, consumers, nullity, retroactivity.

La STS 9 de mayo 2013 puso fin a un largo debate judicial sobre la validez o nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Se trata de cláusulas previstas en la legislación sobre transparencia en la contratación con consumidores (Orden EHA/2899/2011) y también en la reforma hipotecaria en tramitación, mediante las que, en contratos a interés variable, se determina un tipo mínimo de interés (mediante un límite mínimo a la variación del tipo o un tipo mínimo de referencia) que, en todo caso, habrá de ser satisfecho por el cliente, quien, de este

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011)

modo, no puede ver reducida la deuda por debajo del suelo pactado, impidiéndose así que la bajada del tipo se traslade al cliente. La legalidad de estas cláusulas ha sido cuestionada en diversas ocasiones, en las que se ha determinado su nulidad por abusivas cuando las mismas no tenían como contrapartida un tipo máximo de interés (una cláusula techo) que protegiese al cliente del riesgo de subida de los tipos, o existía una gran desproporción entre el suelo y el techo pactados (SJM Sevilla 20 septiembre 2010, SJM León 11 marzo 2011, SJM Barcelona 12 septiembre 2011, SJM Málaga 20 noviembre 2011, SJM Palma de Mallorca 2 febrero 2012, SAP Cáceres 24 abril 2012, entre otras). Pero los Tribunales también habían considerado válidas las cláusulas suelo por estimar que los límites a la baja y al alza de los tipos de interés no podían valorarse con el patrón del desequilibrio, por no encontrarnos ante un contrato generador de obligaciones recíprocas (el préstamo real es un contrato unilateral), sino frente a mecanismos contractuales dirigidos a reducir el riesgo de pérdidas (SAP Sevilla 7 octubre 2011, SAP Sevilla 10 diciembre 2011, SJM Madrid 8 septiembre 2011, SJM Alicante 23 junio 2011, SJM Jaén 7 febrero 2012, entre otras).

La Sentencia del Tribunal Supremo que ahora comentamos viene a poner fin a esta polémica. Resuelve los recursos planteados contra la SAP de Sevilla de 7 octubre 2011 que, al no considerar posible la existencia de desequilibrio en los contratos unilaterales, no había llegado a analizar la abusividad de determinadas cláusulas suelo [de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.)], abusividad que sí había sido apreciada por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 septiembre 2010, a instancias de AUSBANC, que ejercitó una acción colectiva de cesación.

Junto a otros pronunciamientos previos necesarios para enjuiciar la validez de la cláusula suelo cuestionada (la ineficacia de las cláusulas que sean abusivas, la apreciación judicial de la abusividad de oficio en un procedimiento contradictorio, la posibilidad de decretar la nulidad de oficio en acciones colectivas), las afirmaciones más relevantes de la sentencia específicamente referidas a la cláusula suelo son las siguientes:

1º. A diferencia de lo que estimó la Audiencia Provincial, el TS considera que las cláusulas de un contrato unilateral, como es el préstamo real, pueden ser abusivas porque a la hora de valorar la posible existencia de desequilibrio, los términos de la comparación no han de ser necesariamente las obligaciones recíprocas, sino el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, con independencia de que el empresario haya cumplido o no todas las prestaciones. Ahora bien, el Tribunal Supremo considera que **las cláusulas suelo no son abusivas ni desproporcionadas de por sí, ni siquiera cuando existe una gran desproporción entre el suelo y el techo o, incluso, aunque no exista techo, pues la determinación de cuál sea el interés queda a la iniciativa empresarial, dentro de los límites fijados por el Legislador.** Es más, estima el Tribunal que el hecho de ofrecer cláusulas suelo y techo en el mismo apartado del contrato distorsiona la información que se facilita al consumidor, pues se le presenta el techo como aparente contraprestación o factor de equilibrio del suelo. El

argumento fundamental para excluir el control de abusividad sobre la cláusula suelo es que "*como regla*" no cabe control de equilibrio sobre las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, que quedan amparadas por la libertad de mercado. Se trata de una decisión que contrasta con el criterio del TJUE, que si bien ha entendido que, como permite la Directiva 13/1993, los Estados miembros pueden decidir no adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato, también ha considerado que, precisamente, no es el caso de España, que no ha hecho uso de la facultad de exención prevista en la Directiva (STJUE 3 junio 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid).

2º. Ahora bien, aunque estime que no es abusiva de por sí, **el Tribunal considera que los contratos cuestionados carecían de la transparencia exigida en el art. 80.1 TRLCU, porque no se permite al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.** El Tribunal estima que las cláusulas suelo "*no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro*". En los casos enjuiciados no se cumplen los requisitos de transparencia exigibles, porque "*las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia*". Y continúa: "*la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas...*". En concreto, el TS considera que las cláusulas no son transparentes porque: a) falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del contrato; b) se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo; e) en uno de los casos considerados, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En lugar de apreciar que la falta de transparencia impedía la incorporación de la cláusula al contrato (lo que seguramente hubiera debido determinar la no inclusión de la cláusula de interés variable en su totalidad) o, alternatively, que la oscuridad de la cláusula de interés debía propiciar una interpretación favorable al consumidor (por ejemplo, haciendo prevalecer el descenso del tipo que correspondiese sobre el límite de la cláusula suelo), **el Tribunal Supremo se decanta por la considerar que la falta de transparencia es determinante de abusividad de la cláusula.**

3º. El Tribunal Supremo considera que **la abusividad por falta de transparencia no determina la nulidad del contrato, pero sí la de la cláusula suelo no**

transparente, sin posibilidad –se señala expresamente– de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 junio 2012, Banco Español de Crédito).

4º. Tal como había solicitado el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo determina que **la sentencia carece de eficacia retroactiva**, no sólo en situaciones decididas por sentencia firme, sino también **con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia**. El Tribunal fundamenta esta decisión en diversos argumentos:

- La asociación demandante ejercitó una acción de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro (cfr. arts. 12.2 LCGC, 53 TRLCU).
- Aunque, como regla general, la declaración de abusividad tiene efectos retroactivos hasta el momento de la celebración del contrato, el Tribunal aprecia que es posible limitar los efectos de la retroactividad por diversas razones legalmente previstas, singularmente, por la necesidad, inherente a la seguridad jurídica, de conservar los efectos ya consumados. Se señalan ciertos pronunciamientos (también del TJUE) en los que se afirma que la retroactividad queda limitada cuando concurre buena fe y riesgo de trastornos graves. El Tribunal Supremo considera que procede rechazar la eficacia retroactiva por las siguientes razones:
 - La licitud de la cláusula suelo.
 - Las razones objetivas que justifican la inclusión de esta cláusula en contratos a interés variable.
 - La habitualidad de la cláusula.
 - El hecho de que ha sido tolerada por el mercado desde antes de 2004.
 - En el caso, el carácter abusivo deriva de la falta de transparencia, no de la ilicitud intrínseca de la cláusula.
 - El riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico.
 - Se alega también un argumento cuya significación en este caso no llegamos a entender, a saber, que la Ley 2/1994 permite la sustitución del acreedor.

Se trata de la decisión más singular de la sentencia, pues las razones que se alegan sólo refuerzan la validez de las cláusulas suelo en abstracto (habitualidad, justificación económica, licitud), *pero no sirven para justificar la corrección de la actuación de la entidad que faltó a los requisitos de transparencia legalmente exigidos*, salvo que quiera decirse –lo que no creemos– que no hay retroactividad porque durante muchos años ha sido muy frecuente que las entidades utilizasen cláusulas suelo no transparentes. Realmente ninguno de los ejemplos legales de limitación que se indican en la sentencia llevaría a concluir que el contratante de buena fe (el consumidor) debe soportar los efectos ya producidos en la aplicación de una cláusula abusiva. Y dada la naturaleza pecuniaria de la prestación restituible, el caso tampoco estaría sometido a las dificultades propias de la restitución *in natura*

que afectan a las prestaciones no pecuniarias. Obsérvese, además, que la falta de efectos retroactivos no podría fundarse en el carácter sucesivo o continuado de las prestaciones hechas, que en este caso no se realizan en el marco de un contrato de tracto sucesivo (donde, en efecto, la nulidad no tiene efectos retroactivos), sino de tracto único (el préstamo), aunque los actos dirigidos al cumplimiento se dilaten en el tiempo. En todo caso, la decisión del Tribunal conduce a negar el derecho de los consumidores a la restitución de lo indebidamente cobrado, con el fin de evitar trastornos graves al orden público, sin que los consumidores sean indemnizados por este sacrificio especial de sus derechos. Obsérvese, además, que la decisión del Tribunal Supremo confronta con la jurisprudencia del TJUE en esta materia, ya que si las cláusulas abusivas han de ser eliminadas sin posibilidad de integración (STJUE 14 junio 2012, Banco Español de Crédito), ¿cómo es posible que, sin embargo, puedan mantenerse sus efectos hasta que se haga pública la sentencia en la que el consumidor haya demandado a la entidad?

5º. El Tribunal **determina que los efectos de la declaración de nulidad no se pueden hacer extensivos indiscriminadamente** por dos razones: primera, porque AUSBANC no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demanda y, segunda, por el casuismo propio de la nulidad debida a deficiencias de información. El Tribunal Supremo dispone que los efectos **quedan limitados "a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos"**.